

הרה"ג ר' אברהם אהרן שאצקעס זצ"ל

גדרי קנין דרבנן

הרמב"ן לב"ב (ע"ז ע"ב) הקשה לשיטת הסוכרים שהמוכר שטר לחברו וחזר ומחלו מחול הוא משום שמכירת שטרות אינה אלא דרבנן מקדושין (מ"ז ע"ב), התקדשי לי בשט"ח, ר' מאיר אומר מקודשת, וחכמים אומרים אינה מקודשת. בגמרא מעמידים פלוגתתם בשאלה אם אשה סומכת דעתה או לא, ואם נאמר שמכירת שטרות אינה אלא דרבנן, אם כן לא תהא מקודשת גמורה. וכתב ע"ז, שאפשר שמקודשת שאמר מקודשת מדבריהם להצריך גט.

ודבריו תמוהין. הלא שם בברייתא נאמר ג"כ, או שהיה לו מלוה ביד אחרים, ומעמידה הגמרא מחלוקתם במעמד שלשתן אם קונה במלוה או לא, והלא מעמד ג' ודאי אינו אלא מדרבנן, ואפ"ה תניא מקודשת. וכבר נתקשה בזה הפני יהושע לקדושין שם.

ובאבני מלואים (סימן כ"ח סקל"ג) כתב לתרץ, שהרמב"ן סובר שמעמד ג' אף שאינו אלא מדרבנן, מקודשת היא מן התורה, שקנין דרבנן מועיל לקדושי תורה, משום שהפקר בי"ד הפקר, וכשיטת הב"י סי' כ"ח. וזה שהוכיח מקדשה בשט"ח, הוא לפי שכ' התוס' ביבמות (פ"ט ע"ב) וז"ל: אבל במפריש מן הטהור על הטמא ליבא לשנויי הכי, דאפקוהו מרשותיה בשעת ההפרשה, כיון דגם בתר הכי נמי שלו הוא ועליו לתקנו. ולהכי, אם יכול למחול במכירת שטרות משום שהיא מדרבנן, ואינו אלים להפקיע כח הראשון שלא יכול למחול, שוב אין לומר שמקודשת מן התורה בשטרות, משום שהפקר בי"ד הפקר, כיון שגם אחרי כן שלו הוא ויכול למחול, ויעוי"ש.

אך לדעתי לא הועיל בתירוץ. דהלא פשט דברי התוס' ביבמות שם הוא, שכיוון שגם אחרי כן שלו הוא, ועליו לתקנו, מוכח שלא הפקיעו חכמים כחו ורשותו מהחבואה שלא יוכל לתרום, ולא שייך בזה דין הפקר בי"ד. אבל במכירת שטרות, אף אם נאמר שהוא רק דרבנן, הרי מדרבנן הוא של הקונה, אלא שלא אלים קנין דרבנן להפקיע כח הראשון, (כמו שהסבירו הראשונים וגם התוס' בקדושין דמ"ח ע"א), הרי זה לא משום שלא הפקיעו חכמים רשותו, רק משום שלא אלים קנין דרבנן להפקיע כחו של הראשון שלא יוכל למחול, א"כ הא גופא קשיא, כיון דקנין דרבנן מהני להיות שלו מן התורה, הרי נעשה של הלוקח, ונפקע כחו של הראשון

מה"ת, ומדוע יכול למחול, ומה החילוק בין מכירת שטרות למעמד שלשתן שאינו יכול למחול.

והנראה לי בביאור דברי הרמב"ן ובבירור עצם דין קנין דרבנן: הנה במחלוקת רבנו ירוחם והב"י (ב"י אה"ע"ז סי' כ"ח) בקידשה בחוב במעמד שלשתן סובר רבנו ירוחם אינה מקודשת אלא מדרבנן, והב"י כתב ע"ז שאינו מוכרח, דאיכא למימר דכיון דתקינן רבנן וקנו לו המעות, הו"ל כאילו נתן לה כסף, ומקודשת מדאורייתא. האחרונים כתבו בכוונת פלוגתתם שהיא בדין הפקר בי"ד הפקר, אם בכחם דק להפקיר ולא להקנות לאחר, או שבכחם גם להפקיע מזה ולהקנות לאחר¹.

ונראה שבכל קנין דרבנן נקרא שלו מן התורה, מזה שמבואר בקדושין (כ"ד ע"א), שבעל בנכסי מלוג של אשתו, המעשר נקרא מעשרו לענין חומש. ואף שכל קנין בעל בנכסי מלוג של אשתו הוא רק דרבנן, מ"מ נקרא מן התורה מעשרו.

נמצא שמדין הפקר בי"ד הפקר, בכחם גם להקנות וכמש"כ הרשב"א לגיטין (ל"ו ע"ב) וז"ל: ומינה שמעינן, דכח בי"ד יפה להפקיר ממון מזה ולזכותו לזה, אף קודם שבאו לידו, וכן מוכח מקרא אלה הנחלות וכו'.

ממה שמבואר בשיטה מקובצת לב"ב (דנ"ב ע"א) שלא הוזכר דינא דמלכותא אלא בהפקעה שהנכסים מופקעין מבעליהן בדיני המלך, וכענין הפקר בי"ד הפקר, ומי שיורד בהם במצות המלך זוכה בחזקה, אבל כ"ז שלא החזיק בהם, לא זכה בהם, משמע לכאורה שגם הפקר בית דין לא מועיל דק להפקיר אבל לא להקנות. אבל באמת אינו מוכרח, שיי"ל בכונת דבריו, שרק לענין הפקעה כחו של המלך שוה לכתו של בי"ד, ולא לענין הקנאה, אבל הפקר בי"ד מועיל גם להקנות².

יוצא שבכל קנין דרבנן כיון שאמרו חכמים שקנוי להקונה הוא שלו מן התורה מדין הפקר בי"ד.

וזה ששנינו בגיטין (דנ"ט ע"ב), מציאת חרש שוטה וקטן יש בהן גול מפני דרכי שלום, ורבי יוסי אמר גול גמור. ופי' רב חסדא בגמרא שם, גול גמור מדבריהם להוציא בדיינין, אבל מדאורייתא לא הוי גול לכו"ע, ומוכח שע"י קנין דרבנן אינו נעשה שלו מן התורה. זה הוא משום שענין מציאת חש"ו לא תקנו רבנן קנין להקטן בהמציאה, רק תקנו בזה דין גול, שאסור ליטלו ממנו, ובוה חולקים ת"ק ור"י, שת"ק סובר שזה הדין של גול הוא לא ככל גול, גם להוציא בדיינין, ור"י ס"ל שתקנו בזה דין גול ככל גול, גם להוציא בדיינין.

וזה מוכח ממה שמקשה הגמ' בב"מ (די"ב ע"א), לר"י הסובר שמציאת חש"ו

הוא גזל מדבריהם, וע"כ סובר שקטן אין לו זכיה מדאורייתא, מזה שאמר ר"י בין כך וכך ילקט בנו ואשתו אחריו. (פירש"י — דכיון דמדאורייתא לית ליה זכיה לקטן, נמצא אביו גזול את העניים). ומתוך רבא, עשו את שאינו זוכה כזוכה, ופירש"י דהכא שאני. ובשטמ"ק שם העיר, הלא הוא זוכה רק מדרבנן, ואיך מפקיע זכות העניים מדאורייתא, וכתב משום שהפקר בי"ד הפקר. והלא עדיין אינו מובן, שגם במציאת חש"ו נאמר הפקר בי"ד הפקר. וע"כ הוא, שבדין מציאת חש"ו לא תקנו רבנן זכיה להקטן, ורק דין גזל, אבל בלקט עשאוהו כזוכה, וכיון שתקנו לו רבנן זכיה בגוף הלקט, הרי הוא שלו גם מדאורייתא, מדין הפקר בי"ד, ואינו של עניים.

העולה מדברינו שזה שחולקים ת"ק ור"י במציאת חש"ו אם יוצא בדיינין או לא, וקיי"ל כת"ק שיש בהן גזל רק מפני דרכי שלום ואינו יוצא בדיינין, הוא רק במציאת חש"ו וכדומה, בכל אלה ששנינו שיש בהן גזל מדרבנן, וכמו שפסק הרמב"ם פ"ו מהל' גזילה הט"ז, כל מי שיש בידו גזל של דבריהם אין מוציאין ממנו בדיינין. וזהו משום שתקנו רק דין גזל ולא קנין, אבל בכל קנין דרבנן ודאי מוציאין בדיינין, כיון שתקנו רבנן קנין.

הש"ך סי' ר"ע הביא שיטת המבי"ט, שגם אם הקנו לו לקטן בקנין דרבנן כגון במחנת שכיב מרע וכדומה, אינו יוצא בדיינין כמו במציאת חש"ו. והש"ך כתב ע"ז, שדבריו צ"ע. ולדברינו מובן החילוק בין מציאת חש"ו וכדומה ובין כל קנין דרבנן. ועוד יותר נראה שבכל קנין דרבנן ואף בקטן הוא גזל גמור מה"ת, לכו"ע שע"י קנין דרבנן נעשה שלו מה"ת מדין הפקר בי"ד.

ובשו"ת רדב"ז, ח"א סי' תק"ג, גדר בזה גדר: „כי כל הדברים אשר תקנו רבנן דהוי קנין אית להו דינא דאורייתא דעל סמך זה נושאים ונותנים בני העולם ולא גרע מן המנהג הלכך כל הנושא ונותן או קונה או מוכר או נושא אשה אדעתיהו דרבנן הוא עושה וגמר ומקנה לפיכך מוציאין מידו ויורדין לנכסיו כאילו היה מדין תורה ממש וכו' יעוי"ש.

לדבריו יוצא שבמתנת שכיב מרע, שלא שייך לומר את הסברא דגמר ומקנה, שאינו קונה אלא לאחר מיתה, ולא מועיל בזה גמר ומקנה, וכן בקטן שלא שייך גמר ומקנה, אין מוציאין בדיינין. אך לדברינו הדרך הנכונה היא שבכל דבר שתקנו רבנן רק דין גזל קיי"ל שאין מוציאין בדיינין. רק במקום שעשו גדר קנין ודאי מוציאין בדיינין, ואף מה"ת.

בוה מובן מה שנאמר בגיטין, (ד"ל ע"א), בענין המלוה מעות את הכהן וכו'.

הגמרא פריך, ואע"ג דלא אחי לידיה, ופירש"י והאיך יצא ידי נתינה ומשני עולא, הא מני ר"י דאמר עשו את שאינו זוכה כזוכה. ויש להביק, מ"מ הלא הוא רק דרבנן, ואיך יצא ידי נתינה מדאורייתא?

סבור הייתי לומר לפירש"י, בשנויא דרב במכירי כהונה ולויה, שהוא משום ששאר כהנים אסחו דעתייהו והו"ל כמאן דמטי לידייהו דהני. ובשו"ת, פרי יצחק" למרן אא"ז ח"ו הגה"ח זצ"ל סי' מ"ט כתב בניאור דברי רש"י, שמדין מכירי כהונה אסור לו לבעה"ב לחזור וליתן לכהן אחר להכי שאר הכהנים אסחו דעתייהו והו"ל כמטי לידיה דהאי יעוי"ש. כך י"ל בזה שעשו אינו זוכה כזוכה, שמצד שעשאו כזוכה וקונה מדרבנן, ממילא אינו יכול בעה"ב לחזור וליתן לכהן אחר, וממילא שאר הכהנים אסחו דעתייהו ושפיר יוצא ידי נתינה. אמנם לפי פשוטו נראה שכיון שעשו אינו זוכה כזוכה, ורבנן נתנו לו זכיה בזה שוב קנוי לו מה"ת מדין הפקר בי"ד ויוצא בעה"ב ידי נתינה.

הרמב"ם, פ"ח מהל' לולב ה"י פסק, שאין נותנין לקטן לולב ביום ראשון משום שקטן קונה ואינו מקנה לאחרים מן התורה. משמע שאף בהגיע לעונת הפעוטות, שמדרבנן ממכרו ממכר לא יקנה לו אדם, וכמו שכתב בלשונו, ואינו מקנה לאחרים מה"ת. והר"ן פ"ד דסוכה כתב שבהגיע לעונת הפעוטות יכול להקנותו שהוא הקטן יכול להקנות. אולם הרמב"ם סובר שכיון שע"י דעת אחרת מקנה אותו, קונה הקטן מן התורה, ואינו מקנה לאחרים מן התורה, לכך לא יקנה אדם לקטן ביום ראשון³. משמע שע"י קנין דרבנן לא נעשה שלו מן התורה.

אך ג"ל בשיטת הרמב"ם שהוא סובר שמה שתקנו רבנן בפעוטות שמקחן מקח וממכרו ממכר משום כדי חייו, לא תקנו שקטן וזכה בהמקח או שהאחר זוכה בהקנאת הקטן, רק נתנו לו זכות להקונה להשתמש בו כאדם העושה בתוך שלו, ואין אחר יכול לחזור בו, וזוהי יהיה כדי חייו, שיקנו ממנו, וכן ימכרו לו. כיון שבכל מה שנוגע לחשמיש ולאכול יכול הקונה לעשות בו כשלו ממש, ואין ביכולת המוכר והקונה לחזור בו, ממילא יקנו ממנו, וימכרו לו, אבל לא זיכו להקונה שום קנין בגוף החפץ שאין כל צורך לזה. לא שייך לומר, שיהא שלו מה"ת מדין הפקר בי"ד. כיון שגם מדרבנן אין לו קנין בגוף החפץ. ושי' הר"ן היא שהוא קונה מדרבנן ככל קנין דרבנן, ולפיכך הוא סובר שבהגיע לעונת הפעוטות יכולין להקנותו ביום ראשון, אף שהר"ן בעצמו בפ"ק דקדושין סובר שבדעת אחרת מקנה, קונה הקטן מן התורה, מ"מ יכולין להקנותו ביום ראשון כיון שמדרבנן מדין דפעוטות יכול להקנות, ממילא נעשה של הקונה מן התורה מדין הפקר בי"ד.

ומה שהוכיח ה"מחנה אפרים" ה' קנין משיכה סי' ב', מדברי הרמב"ם הנ"ל,

שבקונה אחרוג במשיכה אינו יוצא ביו"ט ראשון שקנין דרבנן לא מועיל לשל תורה, לדברינו אינו מוכח, שבכל קנין דרבנן כיון שקונה מדרבנן את החפץ שוב קונה מן התורה מדין הפקר בי"ד, ושאינו כל קנין דרבנן מדין פעוטות⁴.

בזה נ"ל להסביר מש"כ התוס' בסוכה, (ל' ע"ב), דאע"ג דקני מדרבנן כיון דמדאורייתא לא קני לא נפיק הכא, ומיהו מההיא סבתא דמשמע גבי סוכה דנפיק אע"ג דלא קני אלא מטעם מריש יש לתרץ, התם משום תקנת השבים, והכא באגודת לולב בעלמא לא שייך תקנת השבים דנקל להתיר אגודו. ודבריהם אינם מבוארים, מה חילוק הוא בין שינוי החוזר לברייתו שקונה מדרבנן ובין תקנת מריש שג"כ אינו אלא מדרבנן, ואפ"ה יוצא אף לר' אליעזר, הסובר שגם בסוכה בעינן לך ממש (ואשר מזה הוכיחו האחרונים בשיטת התוס' דקנין דרבנן מהני לדאורייתא) מה חילוק יש בין קנין דשינוי החוזר לברייתו לבין תקנת השבים?

אבל עפ"י דרכנו י"ל שבשינוי החוזר לברייתו לא תקנו רבנן שקונה הגזלן גוף החפץ, רק הפקיעו ממנו חיוב ההשבה של הגזילה, ונתנו לו הזכות להחזיק את החפץ לעצמו ואינו צריך להחזירו להגזל, אבל גוף החפץ של הגזל הוא. בשינוי דאורייתא קונה הגזלן בשינוי את גוף החפץ, אבל בשינוי החוזר לברייתו יש לו רק זכות חיצונית, היינו שיכול להחזיק את הגזילה לעצמו ולשלם דמיה, אבל גוף הגזילה של הגזלן היא. לכן כתבו התוס' שפיר כיון ששינוי החוזר לברייתו אינו קנין שינוי מן התורה, ואף שקונה מדרבנן אינה אלא זכות להחזיק הגזילה לעצמו, לכן אינו יוצא. משא"כ תקנת השבים, דמריש שחקנו שלא יצטרך להחזיר כדי שיוכל לקיים בה מצות סוכה. א"כ לר' אליעזר, כדי שיקיים מצות סוכה נצרך לו קנין בגוף הסוכה, הרי שמצד תקנת השבים הקנו לו ג"כ קנין בגוף הגזילה, שבלא קנין אין כאן תקנת השבים שהוא סוף סוף לא יוכל לקיים בה מצות סוכה. ממילא מדין הפקר בי"ד קנוי לו מן התורה ושפיר נקרא „לך" ויוצא בה אף לר"א.

הרמב"ם בפ"ט מה' תרומות הל' י' פסק: כהן שמכר פרתו לישראל ולקח הדמים אעפ"י שעדיין לא משך הלוקח ה"ז אסור להאכילה בתרומה שדין תורה מעות קונות ואם מכר ישראל לכהן אעפ"י שנתן הדמים לא תאכל בתרומה עד שימשוך. מזה למד באבני מלואים (סי' כ"ח סקל"ג), ששיטתו, שקנין דרבנן לא מועיל לאיסור תורה, ולפיכך בכהן שמכר לישראל ולקח הדמים כיון שמה"ת מעות קונות הרי האי פרתו של ישראל, ולא מועילה הפקעת רבנן את קנין הכסף לאיסור תורה מדין הפקר בי"ד. מזה הוכיח שקנין דרבנן לא מועיל לשל תורה⁵.

אך הנ"ל בביאור דברי הרמב"ם הוא שזה שעקרו רבנן קנין כסף אינו משום שעקרו מיד, וממילא יכול לחזור בו, אלא שעקירת הכסף היא בתנאי, אם יחזור בו,

אבל כשאינו חוזר, קונה הכסף למפרע. כן נראה מדברי הים של שלמה לגיטין (פ"ב סי' כ"ב) והדברים ארוכים.

לפי"ז דברי הרמב"ם מבוארים לנכון, שכהן שמכר פרתו לישראל ונתן הדמים לא יאכילנו בתרומה, שהלא אם ימשוך אח"כ הרי היא קנויה לישראל למפרע, א"כ מספק אסור להאכילה בתרומה, שאם יחזור לא חלה המכירה והרי היא פרתו של ישראל. ודומה למה שמבואר בירושלמי (פ"ג מפיאה ה"ז), במתנת שכיב מרע הכל מודים שאם היה רבו ראשון ישראל ונתן במתנת שכ"מ לכהן אינו אוכל העבד בתרומה שמא יבריא⁶.

ולפי הבנת הא"מ בדברי הרמב"ם הדין השני שכ' הרמב"ם, שישראל שמכר פרתו לכהן וקבל הדמים לא תאכל בתרומה עד שימשוך, הוא רק מדרבנן, וכן נראה מדברי הקרית ספר על הרמב"ם שם שכ' בדינו של הרמב"ם, שישראל שמכר פרתו לכהן וקיבל הדמים מאכילה בתרומה, כיון שקנה בקנין המועיל מן התורה, ודאי הביין ג"כ שזה שכתב הרמב"ם שאינה מאכילה בתרומה הוא מדרבנן, והוא בדינא דאורייתא קאמר. ולדברנו אינו מוכרת, ואף מדאורייתא לא תאכל מספק, כמו שבארנו. (אך אפשר שאוכלת בתרומה מה"ת בדין השני לפי שכ' התוס' בגיטין (דל"ג ע"א), דמוקמינן אחזקה שהיא עכשיו נשואה, ה"ג מוקמינן אחזקה שלא יחזיר. ויש לדון דלא דמי, דהכא בקנין כסף הוא כענין תנאי בהקנין ול"ש חזקה דחזקה דלהבא לא מהני).

ומה שכתבו התוס' בב"ק (ק"ד ע"ב) ד"ה אגב: והא דפ' הזהב גבי היה עומד בגורן דפריך וליקני ליה אגב קרקע ומשני דלית ליה ארעא החם מדאורייתא בעינן דאית ליה ארעא, דאי לית ליה ארעא לא היו קרוין מעותיו מדאורייתא שיוכל לפדות בהן פירות מעשר שני, אבל לענין לגבות כיון שהודה שיש לו והקנה לו אגב קרקע למה לא יגבה. משמע מדבריהם שכיון שקנין אודיתא אינו אלא מדרבנן לכן לא מהני בהן קנין דאורייתא. כן הבינו בדבריהם המחנה אפרים (ה' קנין משכיה, סי' ב'), והקצוה"ח (סי' קצ"ד סק"ג). ומזה הוכיחו שקנין דרבנן לא מועיל לדאורייתא. והקצוה"ח שם הקשה שלפי"ז איך מועיל קנין אגב קרקע לקנות המעות לפדות בהן מע"ש הלא לשיטת התוס' בב"ק (די"א ע"א) קנין אגב אינו אלא דרבנן. ועוד העיר שדבריהם כאן סותרין מש"כ התוס' בב"מ (דמ"ו ע"א) שנשאר שם בקושיא, אמאי לא הקנה לו המעות בהודאה.

ולדעתי נראה שאין כל יסוד לדבר. והתוס' סוברים שקנין אודיתא אינו אלא מדרבנן, ולהכי לא מהני לשל תורה, מפני שי"ל אודיתא הוא קנין של תורה לשיטת התוס'. ואף אם הוא דרבנן מועיל לשל תורה, שכל קנין דרבנן הוא שלו מה"ת, רק

שקנין אודיתא אינו אלא כשמודה על דבר הנקנה בעצמו שהוא של פלוני, אז קונה פלוני בהודאתו. ולכך בב"מ שפיר הקשו, אמאי לא הקנה לו בהודאה על המעות שהם שלו, משא"כ כאן בב"ק, הלא אין ההודאה על דבר הנקנה בעצמו, רק שמודה שיש לו קרקע, ממילא יש כאן מעשה הקנין של אגב קרקע, ונמצא שההודאה אינה על דבר הנקנה כי אם על מעשה הקנין, וזה אינו בדין קנין אודיתא. ועל זה כתבו שלענין לפדות מע"ש לא מועילה הודאתו על הקרקע שהוא רק מדין נאמנות בע"ד והודאתו לא מהני לפדות בהן מע"ש מדאורייתא. כונתם איננה שאנו צריכים שיהיו קורין מעותיו מדאורייתא, וכאן אינם קרוין מעותיו מדאורייתא, משום דאודיתא הוא רק קנין דרבנן. ודאי קנין אודיתא הוא מדאורייתא, אלא ששם מדאורייתא בעינן שיהיה לו קרקע, דלא סגי בהודאה שיש לו קרקע לקנות המעות, שהודאה על מעשה הקנין אינו בדין קנין אודיתא ואם במציאות אין לו קרקע הרי אין כאן קנין אגב לקנות את המעות, ואינן מעותיו שיוכל לפדות בהם מעשר שני, אבל לגבות שמועילה הודאת בע"ד, למה לא יגבה.

לפי שבארנו יוצא שבכל קנין דרבנן החפץ הוא שלו מן התורה מדין הפקר בי"ד הפקר.

ופלוגת רבנו ירוחם והב"י בקידשה בחוב במעמד ג' י"ל, שכיון שזה שקנין דרבנן נעשה שלו מן התורה הוא מדין הפקר בי"ד, הדבר שייך רק היכן שהדבר בעצמו הוא דבר הנקנה מן התורה ורק שאין מעשה הקנין, או שיש חסרון בהקונה או בהמקנה, כיון שרבנן הקנו לו את החפץ, שוב א"צ לכל הקנאה ורק מדין הפקר בי"ד נעשה שלו מן התורה. אבל כשהחסרון מן התורה הוא בעצם דבר הנקנה, שדבר זה אינו נקנה מן התורה מה מועיל דין הפקר בי"ד.

ויש לחקור לפי שכ' התוס' בב"ק (ד"ע ע"א), ובב"ב (דע"ז ע"ב), שחוב ע"פ אינו נקנה בכל קנין, ואף קנין אגב לא מועיל בחוב, אם זה משום שחוב הוא דבר שאינו נקנה, כיון שההלואה בעצמה אינה ברשותו, והשעבוד הוא דבר שאינו נקנה (רק בחוב בשטר כיון שהשעבוד הוא בשטר סוברים הרבה ראשונים שמכירת השטרות דאורייתא שבמסירת השטר נמסר גם השעבוד אבל חוב ע"פ הוא דבר שאינו נמסר מזה לזה מן התורה) או שהחסרון בחוב ע"פ אינו בעצם החוב, שאינו נמסר מזה לזה, רק שאין כל מעשה קנין במה לקנות חוב ע"פ. כן יש לחקור לשי' ר"ת שהביא הר"ן בכתובות פ' הכותב, שמכירת שטרות דאורייתא, ורק לכך יכול למחול, משום ששני שעבודים ישנם, שעבוד הגוף ושעבוד נכסים, ושעבוד הגוף אינו בר מכירה לכך נמכר רק שעבוד נכסים לחד, וכשמחול ונפקע שעבוד הגוף פקע גם שעבוד נכסים (וכן שיטת רבנו חיים שהביא תוס' בב"מ (דנ"ו ע"ב), שקונה מן התורה אם יש ללוה קרקעות, שמוכר לו שעבוד שיש לו בהקרקעות, וזהו כסברת

ר"ת, ולפי המבואר מתוס' ב"מ ד"ד ע"ב גם במלוה ע"פ שאינו גובה מלקוחות אף למ"ד שעבודא דאורייתא משום שהפקיעו רבנן השעבוד, הוא רק כשמכרן הלוה, אז נפקע השעבוד מהקרקעות אבל כ"ו שהקרקעות הם עדיין אצל הלוה רמי עלייהו שעבוד קרקעות⁷), אם באמת השעבוד נכסים בר קנין הוא לסברת ר"ת, גם במלוה כמו מלוה בשטר, ורק שאין במלוה ע"פ מעשה הקנין במה להקנות את השעבוד, או השעבוד הוא דבר הנקנה רק במלוה בשטר, משום שהוא בתוך השטר, אבל שעבוד בע"פ אינו דבר הנקנה בעצם.

חקירה זו תלויה בשאלה אם קנין חוב מדרבנן קנוי מן התורה מדין הפקר בי"ד. אם נאמר שהחסרון בחוב בע"פ, הוא בעצם דבר הנקנה, ל"ש בזה ענין הפקר בי"ד, ואפילו אם קונה מדרבנן אינו קנוי מן התורה, אבל אם נאמר שהחסרון הוא רק שאין כל מעשה קנין מה"ת לקנין חוב בע"פ, הרי כיון שקונה מדרבנן ממילא קונה גם מה"ת, שמצד הפקר בי"ד שוב לא צריך מעשה הקנין.

בחקירה זו יתכן שחולקים רבנו ירוחם והב"י. רבנו ירוחם סובר שהחסרון בחוב ע"פ הוא בעצם דבר הנקנה. ומוסבר לפי"ז בגיטין (די"ג ע"ב) שאמר רבא מסתברא אמילתא דרב דמעמד ג' קונה, שהוא רק בפקדון אבל במלוה לא, שבפקדון שהוא דבר הנקנה מועיל מעמד ג' במקום מעשה הקנין, אבל במלוה שהוא דבר שאינו נקנה, מה מועיל מעמד ג', ומסיק אף במלוה תקנו מעמד ג'. ומובן בזה מה שאומרים שם שמעמד ג' הוא הלכתא בלא טעמא, וכתבו התוס' דבלא טעמא הוא מה שמועיל לקנות. ולכאורה אינו מובן, מה שונה מעמד ג' מכל קניני דרבנן, כגון משיכה לדידן, דקיי"ל מה"ת מעות קונות ומשיכה היא מדרבנן אף במתנה לשיטת הרמב"ן שהביא בשטמ"ק לב"ב (דמ"ז ע"ב), וכן קנין אגב לשיטת התוס' דאינו אלא דרבנן, וכדומה, מדוע איננו אומרים שהוא הלכתא בלא טעמא. ולדברינו נכון, שבכל קנין דרבנן שתקנו הכוונה היא שמעשה הקנין קונה כמו שקונה מה"ת, אבל מלוה שהוא דבר שאינו נקנה, הרי היא הלכתא בלא טעמא, ואיך נקנה החיוב. לכן סובר רבנו ירוחם שכיון שאין כאן קנין של תורה אינה מקודשת אלא מדרבנן.

ושיטת הב"י היא, לפי שמסיק רבא שגם במלוה מועיל מעמד ג' שלפי המסקנא הוא סובר שגם חוב הוא דבר הנקנה, ורק שאין מעשה קנין, לכן שייך שפיר מעמד ג' בחוב כמו בפקדון במקום מעשה הקנין.

בזה נ"ל להסביר בב"ב (דקמ"ז ע"ב), אמר רבא אמר ר"נ שכ"מ שאמר ידוד פלוני בבית זה יאכל פלוני פירות דקל זה לא אמר כלום. ופריך, למימרא דסבר ר"נ דמילתא דליתא בבריא ליתא בשכ"מ והאמר רבא אמר ר"נ שכ"מ שאמר הלואתי לפלוני הלואתו לפלוני ואע"ג דליתא בבריא. ר"פ אמר הואיל ויודש יורשה. דב

אחא בריה דר"א אמר הלואה איתא בבריא, וכדרב הונא אמר רב מנה לי בידך תנהו לפלוני במעמד ג' קנה. לכך לא מועיל ידור פלוני בבית, יאכל פלוני פירות דקל, משום שמתנת שכ"מ תקנו רבנן, רק שלא צריך מעשה הקנין, וקונה לאחר מיתה, אבל מילתא דליתא בבריא, שאף ע"י מעשה הקנין לא מועיל כגון דבר שאין בו ממש, או דבר שלא בא לעולם, שהחסרון הוא בעצם הדבר לא מועיל גם בשכ"מ. ופריך מהלואתו לפלוני דמהני בשכ"מ, שלפי שכ' התוס' לעיל (דע"ז ע"ב), ס"ל להגמרא שאף אגב לא מהני במלוה וס"ל להגמ' שהוא משום שחוב אינו דבר הנקנה, א"כ אמאי מהני בשכ"מ. ומשני ר"פ, הואיל ויורש יורשה ושכ"מ כיורש שוינהו רבנן. ורב אחא משני דבאמת הלואה איתא בבריא דהא איתא במעמד ג', הלא מוכח שהלואה הוא דבר הנקנה ורק שאין כל מעשה הקנין זולת מעמד שלשתן, לכך מהני בשכ"מ, דלא בעינן לכל מעשה הקנין.

אף מובנים לדברינו דברי המרדכי פ"ה דב"ב, שאדם יכול להקדיש מלוה, כיון דמהני מעמד ג'. ובשו"ת הגר"ע איגר (סי' קמ"ד) הבין כונתו שכיון שמועיל מעמד ג' בהדיוט מועילה אמירה לגבוה כמעמד ג' בהדיוט, וכמש"כ הריטב"א לקדושין (דכ"ח ע"ב) שאמירה לגבוה כמסירתו להדיוט היינו כל חד וחד כהקנאה דיליה, ונמצא לפי"ז שמה שכתב המרדכי שמועיל הקדש בחוב הוא רק מדרבנן, וכמו קנין מעמד ג' בהדיוט, והוא חידוש.

אמנם עצם ביאורו תמוה, הלא במרדכי מבואר להיפך שכ' וז"ל: כמו שאדם יכול להקדיש פקדון שביד אחרים ה"ה מלוה אעפ"י שאינה ברשותו, כדאיתא פ' יש נוחלין דמלוה יכול ליתן במעמד ג' ואם לא הי' יכול להקדיש לא הי' יכול ליתן. הרי מבואר בדבריו להיפך שאם לא הי' יכול להקדיש לא הי' יכול ליתן.

ולדברינו דבריו ברורים. אם החסרון בהלוואה, שאין מועיל בה קנין הוא משום שחוב הוא דבר שאינו נקנה לא היה מועיל גם הקדש. אבל אם החסרון הוא רק שאין כל מעשה קנין במה לקנותו סובר המרדכי שבהקדש כיון שלא צריכין למעשה הקנין, מועיל. והוכיח מזה שמועיל מעמד ג' במלוה. הרי שגם הוא דבר הנקנה והחסרון הוא במעשה הקנין, ותקנו רבנן מעמד ג' במקום מעשה הקנין. זהו שכ', שאם לא היה יכול להקדיש, משום שחוב הוא דבר שאינו נקנה, לא היה מועיל גם מעמד ג', שהלא מדרבנן הוא מעשה הקנין, וכיון שהוא דבר שאינו נקנה לא מועיל כל מעשה הקנין. ומדוקדק היטב זה שמביא, שמועיל מעמד ג' במלוה מהגמ' דב"ב, הלא עיקר דין מעמד ג' במלוה הוא בפ"ק דגיטין, שמזה שאומר רבא בגיטין שמועיל מעמד ג' במלוה אין כל ראייה שחוב הוא דבר הנקנה ורק תקנת חכמים היא שיגבה הלוקח החוב כאילו היה שלו כעין הרשאה, וממילא כהקדש לא מהני, וכן בשכ"מ ל"ש לומר, איתא בבריא, דבשכ"מ תקנו רבנן קנין, וכיון דל"ש קנין בבריא

דאינו דבר הנקנה ליתא עלה דין מתנת שכ"מ, לכן הוכיח מזה שכב"ב שהלוואה הוא דבר הניתן, דמקרי איתא בבריא לענין שיועיל בשכ"מ.

העולה מדברינו שפלוגתת רבנו ירוחם והב"י היא רק בקדשה בחוב בע"פ, אבל בקדשה בפקדון במעמד ג', גם רבנו ירוחם מודה שמקודשת מן התורה משום שע"י קנין מעמד ג' שקונה מדרבנן נעשה שלה מה"ת ומקודשת מה"ת.

ובחלקת מחוקק (סי' ל' סק"ה) כתב שבזרק לה קדושין בתוך ד' אמותיה מקודשת כיון שד' אמות הן תקנת חכמים א"כ לא הוי אלא קדושי דרבנן לשי' רבנו ירוחם. אבל דעת הר"ן בפ' הזורק שהם קדושין מה"ת דהפקר בי"ד הפקר עכ"ל. ולדברינו בקנין ד' אמות גם רבנו ירוחם מודה שמקודשת מן התורה, כיון שרבנן הקנו לה הד' אמות הן שלה מה"ת מדין הפקר בי"ד וקונה את הגט והקדושין בתורת חצר, וכשיטת הר"ן.

האבני מלואים (סי' ל' סק"ל) כתב שבקנין דרבנן אין החפץ שלו מדאורייתא, מ"מ מדין הפקר בי"ד רשאי מה"ת לאוכלו ולהשתמש בו, והפקר בי"ד הוא כמו גזל עכו"ם למ"ד דמותר, ואפילו הכי סובר היראים שלא נקרא „לכם“, ולכם בד' אמות, כיון שחכמים תקנו שיהיו ד' אמות כחצרה מדין הפקר בי"ד יכולה להשתמש בהם גם מן התורה, ולכן נקרא רשותה וקונה מדין חצר גם בגיטין וקדושין.

וסברתו תמוהה, אמנם דין חצר לא בעינן שיהא החצר שלו רק זכות השתמשות, עכ"פ בעינן שתהיה לו זכות השתמשות, ולא די בהיתר השתמשות, ולפי ציורו שהפקר בי"ד הוא כמו גזל עכו"ם שנפקע מדין הפקר בי"ד איסור דלא תגזול, הרי הוא רק היתר תשמיש ואין לו כל זכות קניינית בהחצר, ואינו ענין לקנין חצר. ע"כ מוכרחים אנו לומר בסברת הר"ן שמדין הפקר בי"ד קונה הד' אמות ונעשה חצרו⁸.

וזה שכתב המרדכי פ"ח דגיטין גבי עובדא דההוא שכ"מ דאמר תיזיל איהי ותיחוד ותפתח והקשה למ"ל לקנין חזקה ולא סגי בקנין דמתנת שכ"מ משום דמתנת שכ"מ אינה אלא מדרבנן ואנן בעינן שיקנה לה מה"ת, ומזה הוכיח המח"א ה' קנין ומשיכה (סי' ב') שקנין דרבנן לא מועיל לדאורייתא והקשה מהא דמהני ד' אמות בגט, המרדכי סובר כשי' רש"י בגיטין שם שקנתה מטעם אגב ולא מדין חצר. ולפי המבואר בריטב"א לקדושין (דכ"ו ע"א) שקנין אגב הוא שזוכה בקרקע ומטלטלין ביחד, א"כ בקונה הקרקע בקנין דרבנן אף שע"י קנין דרבנן נעשה שלו מה"ת עצם מעשה הקנין הוא רק דרבנן ושוב נעשה שלו מה"ת, וא"כ כיון שעצם הקנין של הקרקע הוא רק דרבנן ל"ש שיקנה המטלטלין מדאורייתא, ומה שקונה מן התורה מדין הפקר בי"ד ע"ז ל"ש קנין אגב, ולכן כתב שפיר שכיון דמתנת שכ"מ אינה

אלא מדרבנן לא מהני⁹.

וזהו שנסתפק ה, מנחת חינוך" (מצוה נ"ד), בגנב שמכר בקנין דרבנן אם חייב בד' זה, וכתב שלכאורה נראה שתלוי בזה אם ע"י קנין דרבנן נעשה דבר תורה או לא. ולפיכך במוכר לפני יאוש שהלוקח לא קנה, לא נעשה שלו דבר תורה ואינו חייב בד' זה, ורק במכר לאחר יאוש שקנה הלוקח מדרבנן תלוי בספק הנ"ל, אם בקנין דרבנן נעשה שלו דבר תורה.

ולדעתי נראה שלדין דקיי"ל דחיובו בין לפני יאוש בין לאחר יאוש, שמחייב גם לפני יאוש אף שלא אהנו מעשיו, ע"כ שחיובו הוא על מעשה המכירה א"כ אף במכר לאחר יאוש אין חיובו מה שאהנו מעשיו, רק שחייב על מעשה המכירה כמו במוכר קודם יאוש. ולפי"ז במוכר בקנין דרבנן אף שלדברינו קנין דרבנן מועיל להיות שלו מן התורה הוא רק מדין בי"ד שנעשה שלו מה"ת, אבל מעשה המכירה עצמה היא רק דרבנן, וכיון שחיוב דו"ה הוא על מעשה המכירה ומעשה המכירה היא רק דרבנן אינו חייב בדו"ה.

רק יש לדון שאף שמעשה המכירה הוא רק דרבנן, מ"מ התורה חייבתו על מעשה ההוצאה מרשות הנגזל לרשות אחר, וי"ל שאף בקנין דרבנן נקראת הוצאה בפועל מהנגזל לרשות אחר, וכסברא שכ' המח"א ה' קנין משיכה (סי' ב'), ליישב שיטת הרמב"ם שפסק (בפ"ו מה' מעילה ה"ד) המשאיל קרדום של הקדש מעל לפי טובת הנאה וחבירו מותר לבקע בו לכתחילה, כיון שפסק בפ"ב מה' שכירות ה"ח שמשכיכה בשומריין היא דרבנן אין כאן כל הוצאה מה"ת, וממילא אין כל מעילה מה"ת ואיך יוצא לחולין¹⁰? וכתב ליישב שבמעילה חיובו הוא משום הוצאה מרשות לרשות ואף בקנין דרבנן הרי הוציא מרשות לרשות ומעל מה"ת.

ועפ"י דברינו מבוארים היטב דברי הרמב"ן בב"ב שהבאנו בראש דברנו, שלפי הנחתנו כל קנין דרבנן נעשה שלו מה"ת מדין הפקר בי"ד זה שייך רק אם עצם הדבר הוא דבר שאפשר לקנותו מן התורה אלא שהחסרון הוא במעשה הקנין מן התורה או חסרון בהקנאה, או בהקונה, שפיר אמרינן דכיון דקונה מדרבנן קונה גם מן התורה מדין הפקר בי"ד, שמדין הפקר בי"ד אין צריכין לכל מעשה קנין והקנאה, משא"כ אם החסרון הוא בדבר הנקנה בעצמו שאינו נקנה מה"ת, ל"ש בזה ענין הפקר בי"ד ולא קנוי מה"ת. וסובר הרמב"ן שלדעת האומר מכירת שטרות דרבנן חוב בעצם אינו דבר הנקנה, כיון שההלואה בעצמה אינה ברשותו, רק שמקנה לו השעבוד, ושעבוד אינו נמסר מזה לזה כמו שהסביר הר"ן, כתובות פרק הכותב, שיטת הרי"ף, שמכירת שטרות דרבנן היא משום ששטרות אין גופן ממוני¹¹ וממילא החסרון הוא בעצם דבר הנקנה, ואינו מחלק בין שעבוד הגוף לשעבוד

נכסים, אין מועיל בזה הפקר בי"ד ואינו קנוי מן התורה ולכך יכול למחול, כיון שהוא קנוי רק מדרבנן וקנין דרבנן אינו אלים להפקיע כח הראשון. לפיכך סובר הרמב"ן שבמקדש בשט"ח כיון שאינו קונה אלא מדרבנן לא תהא מקודשת גמורה, רק מדרבנן, אבל אם מכירת שטרות דאורייתא הרי זה משום שחוב הוא דבר הנקנה וגמסר מזה לזה, ורק בחוב ע"פ החסרון הוא שאין כל מעשה הקנין במה לקנותו וכמו שכתבנו בסברת הב"י, ממילא אחר שתקנו רבנן שקונה מלוה ע"פ במעמד שלשתן. שוב מדין הפקר בי"ד קונה מן התורה, לכן בקידשה בחוב במעמד ג' מקודשת מן התורה כיון שמדין הפקר בי"ד קונה היא את החוב מה"ת מקודשת שפיר מה"ת.

1. ע"י בנתיבות המשפט סי' רל"ה סק"ג ובמקור חיים סי' תמ"ח סק"ט ובס' גט פשוט סי' ק"כ סק"ה והרבה האריכו האחרונים בזה. ובנתיבות שם כתב לסברא פשוטה, שאף אם דין הפקר בי"ד הוא רק שבכחם להפקיר אבל לא להקנות, וע"י קנין דרבנן, אינו נעשה של הקונה מן התורה, מ"מ נעשה הפקר, והקונה יכול לזכות מן התורה כזוכה מן הפקר. ולדעתי סברא זו תמוהה, שהלא בכל קנין דרבנן לא אמרו חכמים להפקיר מן המוכר וישאר הפקר, רק אמרו להקנות מזה לזה, ככל קנין של תורה, ואם מן התורה אינו מועיל הקנין שיעשה של הקונה, וממילא נשאר של המוכר.
2. לכאורה יש להעיר על עצם דברי השטמ"ק הנ"ל מגיטין (ד"י ע"ב), גבי שטרות העולין בערכאות של עכו"ם, דפריך הגמרא והא האי שטרא חספא הוא. ומשני דינא דמלכותא דינא, והתם הא להקנות הוא, ומוכח שגם להקנות מועיל דינא דמלכותא. אך אפשר, שלכך מתרץ אח"כ תני חוץ מכגיטי נשים, שהוא משום, שלהקנות לא מועיל דינא דמלכותא, ותלוי בשני התירוצים בגמרא שם, ויש לדון בזה, ואכמ"ל.
3. ע"י במ"מ פכ"ט מה' זכיה ומתנה ה"א.
4. ע"י בקצוה"ח סי' רל"ה סק"ד, שכתב בשיטת הרמב"ם דפעוטות כיון דמקחן מקח וממכרן ממכר מדרבנן ממילא קונה מן התורה, דקנין דרבנן מהני לשל תורה. ותירץ בזה קושיתו, שהיא קושית שער המלך פ"א מה' שקלים. והרי לפנינו שיטת הרמב"ם, דגבי פעוטות לא מהני לשל תורה.
5. ולפלא שנסתייע הא"מ בראיתו שגם המח"א הביא דאיה זו, ובאמת המח"א, ה' קנין מעות סי' י"א, הוכיח מדברי הרמב"ם הנ"ל ראייה לסברתו שבמקום איסורא לא הפקיעו רבנן את הקנין כסף, אבל אין זה ענין לכל קניני דרבנן שמועיל לדאורייתא.
6. ויעוין באור שמח פ"ט מה' זכיה ומתנה הי"ג.
7. ויעוין בר"ן שבועות ר"פ שבועות הדיינין.
8. ומה שהשוה הא"מ שם לשיטת הר"ן מקום שיכולה לשמור בגיטין וקדושין לד' אמות דבשניהם הקנין הוא במקום וקונה מדין חצר. לדעתי יש לחלק דסברת הר"ן דקונה מדין חצר הוא רק בד' אמות דקונה בכל דבר הוא דהקנו רבנן הד' אמות שהוא עומד בהן להאדם, אבל במקום שיכולה לשמור דהוא דין מיוחד רק בגיטין וקדושין אפשר דגם הר"ן ס"ל בזה אינו מדין חצר משום דהקנו לה מקום הגט והקדושין וכמו ד' אמות ורק דהקנו לה הגט והקדושין וכמו ד' אמות ורק דהקנו לה הגט והקדושין, וכשיטת הרמב"ן דס"ל גם בד' אמות לפי שהסביר הא"מ שם דאינו קנין מדין חצר משום דלא הקנו להאדם את הד' אמות ורק את החפץ ה"נ ס"ל להר"ן במקום שיכולה לשמור בגיטין וקדושין. ומצאתי בשו"ת הגר"ע איגר סי' רכ"ב אות כ' כתב חילוק כזה והסביר בזה שיטת הרא"ש, יעו"ש.
9. והא דהקשה שם המח"א תיפול דמתנת שכ"מ אינה קונה אלא לאחר מיתה ואין גט לאחר מיתה, י"ל דשיטתו הוא דמתנת שכ"מ נקנה למפרע וכמש"כ התוס' גיטין (ד"ד ע"ב) דדברי שכ"מ הן כמסורין למקבל משעת נחינת שכ"מ או אמירתו וכדכתב המרדכי בעצמו בספ"ק דגיטין והוא משום דס"ל דמתנת שכ"מ למפרע ויעוין בקצוה"ח סי' ר"נ סק"א. ועוד י"ל כמש"כ התוס' גיטין